

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Bogotá, D.C., trece (13) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número:	25000232600020000008201 (36.321)
Proceso:	Acción contractual
Actor:	Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario, S.A.
Demandado:	Empresa Colombiana de Vías Férreas

Descriptores: i) actos puros y simples en materia contractual, ii) valor probatorio de las copias de correos electrónicos e iii) incumplimiento contractual

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2008 por la Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante la cual se negaron las pretensiones.

I. ANTECEDENTES

El 15 de diciembre de 1999, la Sociedad Colombiana de Transporte Ferroviario S.A., en adelante STF S.A., formuló demanda contra la Empresa Colombiana de Vías, en adelante Ferrovía, para que se le declare que incumplió con la obligación de rehabilitación, conservación y mantenimiento de la vía férrea a la que se comprometió en los contratos n.º 16-0072-0-97 y 16-0095-0-99, cuyo objeto fue conceder a la STF S A la utilización de vía férrea en los sectores de Bogotá-Santa Marta, Bogotá-Belencito, Bello-Grecia, Dorada-Mariquita y La Caro-Lenguasaque. Como consecuencia, solicitó que se le indemnizen los perjuicios consistentes en los fletes carreteros que tuvo que asumir para cumplir con sus clientes y los dineros que dejó de percibir debido a que se vio obligada a disminuir el servicio por el mal estado de la vía, incluidos los costos financieros.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda

Conforme al texto de la demanda, se pretende las siguientes declaraciones y condenas:

“...PRIMERA: Que se declare que FERROVÍAS incumplió los contratos 16-0072-0-97 y 16-0095-0-99.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión, se condene a FERROVÍAS al pago de los perjuicios relacionados a continuación, ocasionados a STF, por los siguientes montos y conceptos:

TERCERA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **CINCO MIL NOVECIENTOS SIETE MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.907.938.292 M/Cte.)** por concepto de fletes férreos dejados de percibir por el transporte de 273.296 toneladas de carga que STF tuvo que abstenerse de transportar por el deficiente estado de la vía, durante la ejecución del contrato 16-0072-0-97 de acuerdo con el anexo II.

CUARTA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **ONCE MIL SEISCIENTOS DOCE MILLONES TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$11.612.039.2999 M/CTE.)** por concepto de fletes férreos dejados de percibir por el transporte de 490,347 toneladas de carga que STF tuvo que abstenerse de transportar por el deficiente estado de la vía, durante la ejecución del contrato 16-0095-0-99 de acuerdo con el anexo II.

QUINTA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **CUATRO MIL DOSCIENTOS DIEZ Y SIETE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$4.217.781.556 M/cte.)** por concepto de costo financiero dejado de percibir por concepto de fletes férreos dejados de percibir bajo la vigencia de los dos contratos objeto de la presente acción judicial, de acuerdo con las certificaciones contables y las facturas aportadas como pruebas.

SEXTA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA MIL NOVECIENTOS DIEZ Y SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$356.550.917 M/cte.)** por concepto de fletes carreteros para el transporte de carga, que, durante la ejecución del contrato 16-0072-0-97, STF tuvo que pagar a los transportadores carreteros a quienes debió acudir ante la imposibilidad de transportar dicho volumen por la vía férrea, de acuerdo con las certificaciones contables y las facturas aportadas como pruebas.

SÉPTIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **SEISCIENTOS SETENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA MIL CIENTO SETENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$674. 430.179. M/cte.)** por concepto de fletes carreteros para el transporte de carga, que, durante la ejecución del contrato 16-0095-0-99, STF

tuvo que pagar a los transportadores carreteros a quienes debió acudir ante la imposibilidad de transportar dicho volumen por la vía férrea, de acuerdo con las certificaciones contables y las facturas aportadas como pruebas.

OCTAVA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se pague la suma de **DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TRES MIL NOVECIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$242.503.925 M/cte)** por concepto de costo financiero de las sumas destinadas al pago de los fletes carreteros bajo la vigencia de los dos contratos destinadas al pago de los fletes carreteros bajo la vigencia de los dos contratos objeto de la presente acción judicial, de acuerdo con las certificaciones financieras y contables aportadas como pruebas.

NOVENTA: Que para indemnizar el lucro cesante se condene a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS – FERROVÍAS al pago de intereses sobre el valor del daño emergente a una tasa de interés igual a la certificada como tasa de interés bancario corriente por la Superintendencia Bancaria, desde la fecha de causados los perjuicios de que tratan los anteriores pretensiones y hasta el momento de dictarse sentencia definitiva.

DÉCIMA: Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento de los dos contratos enunciados en la primera pretensión se condene a FERROVÍAS a dar cumplimiento a la sentencia en el término señalado por los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

DÉCIMA PRIMERA: Que se condene a FERROVÍAS al pago de las costas y agencias en derecho del presente proceso (fls. 75 a 77, c.1.

En apoyo de sus pretensiones la demandante pone de presente:

1. Desde su creación, Ferrovías, propietaria y responsable del corredor férreo, y la STF S.A., empresa de transporte ferroviario de carga suscribieron varios contratos de uso de vía férreas, entre otros, el identificado con el n.º 16-0072-97 suscrito el 1.º de mayo de 1997 y vigente hasta el 30 de abril de 1998 y el n.º 16-0095-99 suscrito el 26 de marzo de 1999 y vigente hasta el 26 de noviembre de ese mismo año, con el mismo objeto:

“Conceder a STF el uso del corredor férreo de propiedad de FERROVÍAS para la prestación del servicio público de transporte y tránsito de carga en las vías activas BOGOTÁ-SANTA MARTA, BOGOTÁ-BELENCITO, BELLO-GRECIA, DORADA-MARIQUITA Y LA CAROLINGUAZAQUE”.

Siendo Ferrovías la propietaria del corredor férreo le correspondía adelantar las acciones necesarias para que la vía ofreciera un nivel de servicio que permita operarla en condiciones normales de servicio, tal y como se desprende de las obligaciones de rehabilitación, mantenimiento y conservación que le fueron asignadas legalmente y a las que se comprometió, en virtud de los acuerdos de voluntades que suscribió con la STF, S.A.

2. Dado el incumplimiento de sus funciones legales, Ferrovías suscribió, el 5 de agosto de 1994, un convenio de desempeño con el Gobierno Nacional con el fin de optimizar su gestión. Entre los objetivos, a 31 de diciembre de 1997, se fijaron: a) adelantar la rehabilitación de las líneas prioritarias, de acuerdo con los plazos y metas establecidos en el convenio, b) asegurar el mantenimiento de los proyectos rehabilitados; c) concentrar los recursos humanos y financieros de Ferrovías en la administración y supervisión de los contratos de rehabilitación y

mantenimiento de la red y d) promover una gestión eficiente de Ferrovías.

3. No obstante lo anterior, Ferrovías incumplió sus compromisos, muestra de ello es que la vía férrea no fue rehabilitada, dando lugar a su deterioro paulatino, lo que impidió que STF S.A. pudiese transportar en condiciones normales y que no tuviera el flujo de caja esperado. Deterioro del que dan cuenta los notams ferroviario

, en tanto los sitios señalados como críticos nunca fueron reparados, lo que derivó en accidentes sistemáticos de los trenes de la STF S.A. pese a que estos se conducían con las precauciones del caso y a velocidades incluso de 2 km /h.

Durante la vigencia de los contratos, la STF, S.A. puso de presente, en varias ocasiones, a Ferrovías las irregularidades de la vía, especificando los tramos que debían rehabilitarse o mantenerse; como también ofreciendo equipos y materiales, en ocasiones de manera gratuita, para solventar la situación.

4. El deficiente mantenimiento y rehabilitación de la vía férrea determinó que las locomotoras de STF S.A. circularan a una velocidad inferior al promedio, se desgasten, se accidenten -a la fecha de presentación de la demanda se encuentra reportados 242-. Además, ello conllevó al deterioro o pérdida de los productos, a la mora en la entrega de la mercancía a sus destinatarios, la contratación de servicios carreteros para cumplir los compromisos adquiridos, la pérdida de credibilidad y la consecuente imposibilidad de celebrar nuevos contratos de transporte.

5. El 17 de junio de 1999, STF S.A. solicitó a Ferrovías el reconocimiento de los perjuicios ocasionado como consecuencia de los accidentes y novedades en la vía por su reiterado incumplimiento en la obligación de mantenerla y rehabilitarla. Peticiones que la entidad rechazó, al igual que su responsabilidad en los hechos, sin observar el procedimiento establecido en el contrato para el efecto, esto es sin adelantar las investigaciones en orden a establecer las causas de los accidentes. No obstante y aunque en otras oportunidades reconoció su responsabilidad, por la vía de la conciliación, en relación con el sublite se negó dando lugar a la demanda (fls. 77 a 87, c.1).

1.2. Contestación a la demand

La STF S.A se opuso a las pretensiones. A título de excepciones formuló: i) petición antes de tiempo y de modo indebido, dado que los contratos aún no se han liquidado y se omitió agotar los requisitos de procedibilidad establecidos en la clausulas 6 y 11; ii) caducidad, toda vez que todas las reclamaciones fueron resueltas mediante decisiones ejecutoriadas que no fueron demandadas oportunamente; iii) contrato no cumplido, habida cuenta que la STF, S.A. nunca pagó las tarifas a las que se comprometió por el uso de la vía férrea; iv) fuerza mayor y caso fortuito, porque la STF, S.A. asumió compromisos sin la existencia de disponibilidad presupuestal y sin agotar los mecanismos establecidos, situaciones irresistibles e imprevisibles para Ferrovías; v) culpa exclusiva de la víctima, dado que el estado de la vía fue aceptado por la STF, S.A. en las condiciones en que se encontraba; vi) ruptura de la relación causal, ya que Ferrovías se limitó a cumplir lo pactado; vii) Inexistencia del perjuicio y de perjuicio imputable a Ferrovías, toda vez que, de existir un detrimento no fue producto de incumplimiento alguno de Ferrovías; viii) abuso del derecho, dolo y mala fe de la STF, pues lo pretendido constituye un enriquecimiento injusto que tipifica una conducta temeraria, desleal, contraria a lo pactado; ix) falta de prueba de los contratos y de otros requisitos , dado que la STF S.A. no demostró el pago del derecho de publicación en el Diario Oficial y del impuesto de timbre y x) riesgos asumidos

por la STF S.A., pues como profesional del servicio de transporte conocía el estado de la vía y en consecuencia aceptó los riesgos que ello generaba (fls. 156 a 170, c.1).

1.3 Alegatos

1.3.1. Parte actora

Con fundamento en los argumentos que planteó en la demanda y el acervo probatorio, la sociedad demandante señaló que debía accederse a las pretensiones, en razón de que Ferrovías tenía la obligación de mantener la vía en estado de servir e incumplió sus deberes legales y contractuales, dando lugar a su mayor deterioro lo que le generó los perjuicios cuya indemnización solicita. Además, se opuso a la prosperidad de las excepciones (fls. 369 a 390, c.1).

1.3.4. Parte demandada

Ferrovías retomó los argumentos relativos a las excepciones de caducidad, petición antes de tiempo y falta de presupuestos procesales para poner de presente que, si bien la acción contractual era procedente para reclamar los perjuicios derivados del presunto incumplimiento, la actora omitió demandar los actos administrativos que resolvieron las cuestiones debatidas.

Igualmente, volvió sobre las excepciones relativas al contrato no cumplido, riesgo asumido e inexistencia del perjuicio bajo los mismos fundamentos que planteó en la contestación de la demanda (fls. 358 a 368, c.1).

1.4 Sentencia de primera instancia

La Subsección B de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones.

Inicialmente, precisó que, si bien los documentos aportados en copia simple podían ser valorados, en tanto la controversia tiene como extremos a dos entidades estatales y no fueron tachados de falsos, no ocurre lo mismo con los provenientes de terceros, ni con los supuestamente emanados por la actora oponibles a aquellos, pues debieron allegarse conforme lo dispone el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. De la misma forma, echó de menos los requisitos establecidos en el artículo 10 de la Ley 527 de 1999 para la admisibilidad de las copias de correos electrónicos, como medios de prueba.

Precisado lo anterior, sostuvo que, en virtud de los contratos demandados, Ferrovías concedió a la STF, S.A. el uso de unos corredores viales nacionales para que esta prestara el servicio de transporte de carga de mercancías con una contraprestación establecida mediante reglamento, en función del volumen de carga transportado y la distancia recorrida.

Por otra parte, destaca que, en el numeral octavo de las consideraciones del contrato estatal n.º 16 - 0072 - 0- 97, quedó estipulado que la STF S.A. aceptaba “el estado actual de la vía férrea, que esta (sic) reflejado en el NOTAM FERROVIARIO el cual conoce a cabalidad STF y constituye el ANEXO C del presente contrato. FERROVÍAS realizará el mantenimiento de la vía férrea de acuerdo con el rubro presupuestal asignado para cada vía férrea”. Y que en similar sentido en el contrato No. 16-0095-0-99 se estipuló que “el presente contrato se suscribe teniendo en cuenta el estado actual de la vía férrea, FERROVÍAS se compromete a realizar el mantenimiento necesario en los puntos críticos, de acuerdo con los recursos presupuestales que

ese efecto tenga”.

Con fundamento en lo anterior, concluyó que, como la sociedad actora conoció el estado de las vías férreas, que asumió en el estado en que se encontraba, no puede sostener al tiempo que Ferrovías se obligó a realizar un mejoramiento en la red férrea, sino a mantener las condiciones de funcionalidad que permitieran el cumplimiento del plan de trenes acordado, sin que el contratista pueda pretender mantenerse al margen de los riesgos inherentes al deterioro normal.

No obstante lo anterior, el a quo señaló que el incumplimiento de dicha obligación no se demostró, habida cuenta que, para ello eran idóneos los notam ferroviarios correspondientes a la fecha de iniciación de los contratos y al tiempo del deterioro; para así mismo determinar las dificultades que advierte el contratista. Omisión que no se suple con el cuadro comparativo allegado del que no se deriva certeza sobre el estado de los corredores férreos; cometido que tampoco logran los testimonios, que si bien dan cuenta del deterioro de la vía, no permiten tener por establecido cuando ello ocurrió, tampoco conocer si ello impidió la ejecución contractual.

Para el tribunal la falta de certeza se agrava, si se tiene en cuenta que el contratista solicitó la prórroga del contrato y suscribió otro adicional, pese al presunto deterioro de la vía. Además, llama su atención que en el documento denominado “estado y cruce de cuentas” suscrito en vigencia del último contrato, además de que no se dejó constancia del incumplimiento, existía un saldo a favor de Ferrovías, por valor de \$11.671.929.406.

Sin perjuicio de lo anterior, el tribunal señaló que en el proceso no obra prueba de los daños que generó el incumplimiento, especialmente, si se tiene en cuenta que varias de las documentales aportadas carecen de valor probatorio. Además, puso de presente que, dado que no se sabe si los actos administrativos que resolvieron las reclamaciones formuladas por la sociedad quedaron en firme, procedía el estudio de fondo, como ocurrió; pues, de lo contrario, tendrían que haber demandado (fls. 532 a 545, c. ppal.).

2. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

2.1 Recurso de Apelació

La parte actora, de entrada, se apartó de las consideraciones sobre el valor probatorio de los documentos provenientes de terceros, aportados en copia simple, pues ello contraviene los artículos 4 del Código de Procedimiento Civil sobre la interpretación de las normas procesales, el 37 del mismo estatuto sobre los deberes del juez en materia de práctica y decreto oficioso de pruebas para el esclarecimiento de la verdad; así como el principio constitucional de prevalencia del derecho sustancial y los artículos 11 y 10 de la Ley 446 de 1998, que expresamente señalan que los documentos aportados por terceros deben ser valorados sin más formalidad, salvo que la parte contra quien se aduzcan exija su ratificación. Solicitud que la entidad demanda no presentó, en cuanto guardó silencio sobre el particular.

Además, precisó que los documentos que echó de menos el a quo para demostrar el incumplimiento, en realidad fueron aportados junto con otros más, como: fotografías de la vía férrea, actos administrativos que resolvieron las reclamaciones, solicitudes y ordenes de servicios, correos electrónicos, facturas mismos que dan cuenta del incumplimiento y de los daños que este generó.

Precisado lo anterior, manifestó que, acorde con el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, procede la

remisión a las normas del derecho privado dado que no se cuenta con una disposición expresa. De este modo, debe tenerse en cuenta que el artículo 871 del Código de Comercio señala que los contratos deben celebrarse de buena fe y que, por lo tanto, las partes se obligan no solo a lo que se encuentre pactado expresamente, sino a todo aquello que corresponda a la naturaleza intrínseca del contrato, a la costumbre y a la equidad. De este modo, sale a la luz que Ferrovías no solo debía cumplir lo pactado sino sus obligaciones legales, esto es las referidas a la rehabilitación, mantenimiento y conservación de los corredores férreos.

De otra parte, pone de presente que para el momento de celebración del contrato la vía estaba en condiciones para su operación, situación que reflejaba el notam ferroviario de ese momento, con vigencia de 15 días. Siendo así considera alejado de la realidad endilgarle que aceptó la entrega de una vía que no podía explotar e igualmente contrario a lo que de ordinario ocurre que se le atribuya el mantenimiento de la vía. Destaca que no tuvo otra alternativa que utilizar el corredor férreo, lo que le generó cuantiosos daños pese a su prudencia y cuidado.

Reclama que los testimonios de los operarios de las maquinas, las cartas solicitando el mantenimiento de la vía férrea, los notams ferroviarios, los reportes de novedades, el estudio fotográfico y las cartas a clientes de STF S.A no se consideraron cuando en realidad muestran el deterioro de la vía férrea como consecuencia de la falta de mantenimiento, reparación y rehabilitación por parte de Ferrovías, es decir el incumplimiento contractual, del que no se podía excusar, argumentando ausencia de disponibilidad presupuestal.

En este sentido, los daños que se produjeron tienen que ser resarcidos, porque están probados con elementos de convicción allegados al proceso en oportunidad (fls. 568 a 588, c.1).

2.2. Alegatos de conclusión

2.2.1. La STF S.A. solicitó que en este estadio procesal se tengan en cuenta los argumentos que formuló al sustentar el recurso de apelación (fl. 601, c. ppal.).

2.2.2 Por su parte, la parte demandada solicita la confirmación de la sentencia del tribunal, toda vez que i) no se demostró el estado de la vía férrea al inicio del contrato, elemento esencial para el análisis del presunto incumplimiento (anexo C del contrato); ii) los testimonios allegados para demostrar el estado de la vía son vagos e imprecisos; iii) no se probaron las condiciones de la vía férrea; iv) tampoco se demostraron los perjuicios; v) Ferrovías tenía la responsabilidad de controlar, regular y administrar la vía férrea, pero en el estado en que se encontraba para el momento de suscripción del contrato y con el presupuesto del que se disponía; vi) los accidentes y novedades alegadas por la sociedad actora fueron asumidos por la STF S.A, pues expresamente en la cláusula octava aceptó el estado actual de la vía; vii) la STF S.A. era consciente de los riesgos que asumió, pues no de otra forma se explica que hubiese prorrogado el contrato inicial y que, con posterioridad, suscribiera uno nuevo y viii) la STF S.A. no cumplió con el pago de sus compromisos contractuales.

Sin perjuicio de lo anterior, insistió en la excepción de inepta demanda, dado que los hechos que motivan el presente proceso fueron objeto de reclamación y definición a través de actos en firme, que no fueron demandados en este proceso y que en realidad constituyen la causa del daño (fls. 602 a 611, c.ppal.).

2.3 Ministerio Público

Inicialmente, manifestó que era posible otorgar valor probatorio a las copias simples de

documentos suscritos por las partes; no así a los emanados de terceros, frente a los que no se sabe la existencia de los originales y no se solicitó su ratificación; tampoco sobre las impresiones los correos electrónicos, en tanto desconocen lo dispuesto por la Ley 527 de 1999.

Sobre el fondo del asunto concluyó:

“...[A] juicio de esta Agencia del Ministerio Público, los pocos elementos a los cuales se le concede valor probatorio no otorgan certeza sobre el incumplimiento contractual, como lo expuso el a quo, en la medida en que desde las mismas cláusulas del contrato aunque se encuentra a cargo de FERROVÍAS el mantenimiento de las vías férreas, se puso en conocimiento de la parte actora el estado de las vías y esta aceptó transitar y transportar sobre ellas en el estado actual de operación y además aceptó que el mantenimiento de la infraestructura férrea no iba a tener avances significativos por la poca inversión disponible para cada año.

Ahora bien, respecto de la manifestación que el incumplimiento contractual se puede verificar con las copias de los Notams ferroviarios (documentos que hacen referencia al estado de la vía) emitidos por FERROVÍAS de manera quincenal, porque en ellos quedó plasmada la constancia del deterioro de la vía durante la ejecución de los contratos, es de advertir, que no se allegaron al proceso; el anexo c, que describía el estado de las vías férreas al momento inicial de cada contrato ni los que se expidieron con posterioridad, y aunque es cierto que se aportaron unos para acreditar accidentes ocurridos en la vía, estos pocos no permiten determinar el estado del corredor férreo en época anterior a la ocurrencia de cada evento.

Otro aspecto a tener en cuenta en el presente proceso, es que la parte actora allegó al proceso copia simple de las resoluciones a través de las cuales FERROVÍAS resolvió en forma negativa reclamaciones por hechos atribuidos al incumplimiento en el mantenimiento de las vías, los que ocasionaron descarrilamiento, entre otros accidentes, sin embargo, no solicitó entre las pretensiones la nulidad de dichos actos administrativos sobre los cuales, aún a esta fecha, recae la presunción de legalidad.

El criterio de esta delegada, respecto de dicha omisión, es que la demandante debió incluir la solicitud de nulidad de los actos administrativos entre sus pretensiones, en primer lugar, porque se encuentran vigentes y produciendo efectos negativos conocidos, en segundo lugar, porque parte de las peticiones se encuentran relacionadas con el lucro cesante por el daño emergente causado al tener que cancelar fletes, los cuales fueron generados por las consecuencias de la falta de mantenimiento, y en tercer lugar, porque en alguno de ellos se expone como causa de los accidentes hechos imputables a la parte actora, tales como exceso de velocidad, inobservancia e incumplimiento del reglamento de movilización de trenes por parte de la tripulación, etc, los cuales debieron ser discutidos en el seno del presente proceso.

Por último es de resaltar que la parte demandada alega que la existencia de un comité de coordinación para dirimir las discrepancias operativas, constituía una presupuesto para demandar porque se debía agotar dicha instancia; revisados los contratos, se tiene que, efectivamente, en estos se estableció en la cláusula sexta: el analizar y dirimir las diferencias o discrepancias que pudieran surgir y la solución a las condiciones de carácter operativo no contempladas en él en reuniones que se celebrarían periódicamente a los mismos niveles de jerarquía de las empresas hoy en conflicto, pero no se acreditó por las partes la realización de dichas reuniones.

Sobre la aseveración antes expuesta, a juicio de esta Agencia del Ministerio Público, la falta de

reuniones entre las partes para coordinar los aspectos operativos no constituye una cláusula de exclusión de sometimiento de las diferencias a la jurisdicción contencioso administrativo, en la medida en que no se pactaron su realización en forma obligatoria antes de acudir a las instancias judiciales, sino como un mecanismo para solucionar los problemas operativos dejando por fuera los incumplimientos contractuales...” (fls. 619 a 627, c. ppal.).

2.4 Embargo

Con fecha 24 de junio de 2010, se ordenó tener en cuenta, con los efectos jurídicos que la ley le otorga, el embargo decretado por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello -Antioquia- sobre los dineros que eventualmente llegaren a resultar en favor de la STF S.A. (fl. 640, c. ppal.).

3. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta es la Jurisdicción con aptitud legal para conocer del presente asunto, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 del Código Contencioso Administrativo modificado por el artículo 1 de la Ley 1107 de 2006, dado que el asunto que se analiza tiene origen en un litigio contractual originado por el presunto incumplimiento de Ferrovía–, en las obligaciones de rehabilitación, mantenimiento y conservación del corredor férreo que entregó a la STF, S.A., a través de los contratos 16-0072-0-97 y 16-0095-0-99. En esta misma línea el artículo 75 de la Ley 80 de 1993 establece que la competente para conocer de las controversias generadas en los contratos celebrados por las entidades estatales es la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Además, la Sala es competente para conocer del recurso de apelación formulado por la parte actora, toda vez que la mayor de las pretensiones de contenido económico se estimó en la suma de \$11.612.039,299, monto superior a la suma equivalente a 500 s.m.l.m.v.. (\$118'230.00), exigida en por la Ley 446 de 1998 para que el proceso tuviera vocación de doble instancia.

Problema Jurídico

Debe la Sala considerar el recurso de apelación, con miras a establecer i) si la prueba documental que desechó el a quo puede ser valorada y ii) si su análisis junto con los restantes medios de prueba permiten tener por acreditado el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Ferrovías en lo relativo a utilización de las vías férreas por la sociedad demandante. Eso es, si entre las prestaciones a cargo de Ferrovías, se encontraba la rehabilitación, mantenimiento y conservación del corredor férreo.

Lo anterior, no sin antes verificar si la demanda presentada puede considerarse apta para estudiar las pretensiones, pues en esta instancia el Ministerio Público y la parte demandada han insistido en que la STF S.A debió solicitar la nulidad de los actos mediante los cuales Ferrovías negó sus reclamaciones por novedades o accidentes en la vía.

Cuestión previa - la aptitud de la demanda

3.1 Dado que la aptitud de la demanda constituye un presupuesto que el juez debe verificar, incluso de manera oficiosa, en orden a poder pronunciarse sobre el fondo del proceso, de entrada la Sala procede a establecer si, como lo refiere el agente del Ministerio Público y Ferrovías, la sociedad actora debió demandar la nulidad de los actos administrativos mediante los que Ferrovías negó a la STF S.A. las reclamaciones por los siniestros ocurridos en la vía férrea,

durante la vigencia del contrato 16-0072-0-97.

3.2 La demanda es el punto de partida del proceso, en esa medida debe reunir las condiciones legales para satisfacer el presupuesto procesal dirigido a que los requisitos de forma que permite al juez pronunciarse sin impedimento sobre las pretensiones se cumplan efectivamente. Para el caso de los procesos ordinarios que se tramitan ante esta jurisdicción, el asunto lo regulan los artículos 137 y 138 del Código Contencioso Administrativo.

Entre otros requisitos, los enunciados normativos en comento exigen que lo que se demanda se establezca con precisión, esto es de forma que el demandado pueda ejercer su defensa y el juez pueda pronunciarse sobre el fondo de la litis. Tratándose de asuntos como el que se analiza, en los que la controversia se origina en razón de la ejecución de un contrato y siempre que medien pronunciamientos definitivos de la administración, es menester determinar que la controversia los comprende, pues de no ser así, al juez no le queda otro camino que inhibirse para decidir.

3.3 En vista de la anterior, la Sala procede a verificar si en el curso de la ejecución Ferrovías emitió pronunciamientos definitivos y si estos guardan relación con las pretensiones; para el efecto, brevemente se explicará el régimen de los contratos demandados, de los actos emitidos por la entidad contratante en cuanto empresa industrial y comercial del Estado y de los actos que las entidades públicas expiden en el curso de la ejecución contractual.

3.3.1 Como ya se enunció, Ferrovías fue creada por el Decreto 1588 de 1989 como una empresa industrial y comercial del Estado, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Para la época, el artículo 6 del Decreto 1050 de 1968 definía a las empresas industriales y comerciales del Estado como organismos autorizados o creados por ley, con el objeto descrito en su naturaleza y por lo mismo sujetas a las reglas del derecho privado, salvo las excepciones legales.

Por su parte, el Decreto 3130 de 1968 norma vigente cuando se celebró el contrato 16-0072-0-97, en los artículos 31 y 34 prescribía sobre la naturaleza de los actos y contratos relacionados con su objeto social:

“...Los actos y hechos que las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta realicen para el desarrollo de sus actividades industriales y comerciales están sujetos a las reglas del derecho privado y a la jurisdicción ordinaria conforme a las normas de competencia sobre la materia. Aquellos que realicen para el cumplimiento de las funciones administrativas que les haya confiado la ley, son actos administrativos”.

(...)

“Los contratos que celebren las Empresas Industriales y Comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta para el desarrollo de sus actividades no están sujetos, salvo disposición en contrario, a las formalidades que la ley exige para los del Gobierno. Las cláusulas que en ellos se incluyan serán las usuales para los contratos entre particulares, pero las primeras, en los términos del artículo 254 del Código Contencioso Administrativo, podrán pactar el derecho a declarar administrativamente la caducidad y deberán incluir, cuando fuere del caso, las prescripciones pertinentes sobre reclamaciones diplomáticas.”

Entre tanto, el artículo 93 de la Ley 489 de 1998, actualmente vigente, establece:

“...Los actos que expidan las empresas industriales y comerciales del Estado para el

desarrollo de su actividad propia, industrial o comercial o de gestión económica se sujetarán a las disposiciones del Derecho Privado. Los contratos que celebren para el cumplimiento de su objeto, se sujetarán a las disposiciones del Estatuto General de Contratación de las entidades estatales.

Ahora bien, la Ley 80 de 1993 incluye a las empresas industriales y comerciales del Estado entre las entidades estatales regidas por el estatuto contractual (artículo 2). Así, el numeral 1 del artículo 2 Ley 1150 de 2007 prevé como regla general, la selección de contratista mediante licitación pública o concurso público; salvo para los contratos relativos a las actividades propias de dichas empresas en los que se permite la contratación directa. Es claro, eso sí que dentro de esta excepción no fueron incluidos los contratos típicos establecidos en el 32 de ese estatuto, esto es los de obra, consultoría, prestación de servicios, concesión, encargos fiduciarios y fiducia pública.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que acorde con el artículo 18 del Decreto 855 de 1994, “se consideran actos y contratos que tienen por objeto directo las actividades comerciales e industriales propias de las empresas industriales y comerciales estatales y de las sociedades de economía mixta, entre otros, la compraventa, suministro y arrendamiento de los bienes y servicios que constituyen el objeto de dichas entidades, así como los insumos, materias primas y bienes intermedios para la obtención de los mismos, los materiales y equipos que se empleen directamente para la producción de bienes o prestación de servicios, así como los relativos al mercadeo de sus bienes y servicios.”

De conformidad con las normas antes transcritas es dable concluir que los actos y contratos que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado se sujetan, en realidad, a las reglas del derecho público, esto es al Estatuto General de la Contratación Pública, puesto que la excepción, esto es el cumplimiento de su objeto, en lugar de una salvedad comporta la regla general.

En esa línea, debe entenderse que sólo en aquellos casos en que el Estatuto Contractual de la Administración Pública u otra norma legal establezcan alguna excepción, en relación con el régimen aplicable a los contratos estatales que celebran las empresas industriales y comerciales del Estado, se adoptarán tales disposiciones, pero en lo no exceptuado, éstos se regirán, en un todo, por las normas del citado estatuto contractual. Y si ello es así, es claro que los actos que emiten las empresas industriales y comerciales del estado con motivo de la actividad contractual están sujetos a las normas de derecho público, es decir son actos administrativos sometidos al control de esta jurisdicción.

No se puede dejar de señalar que con la expedición de la Ley 1150 de 2007, artículo 1

, el régimen de contratación de las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta con capital estatal superior al 50%, es el previsto por la Ley 80 de 1993, salvo dos excepciones: cuando se encuentren en competencia con el sector privado nacional o internacional o desarrollen su actividad en mercados monopolísticos o mercados regulados. Casos en los cuales se regirán por las disposiciones legales y reglamentarias aplicables a sus actividades económicas y comerciales, pero en todo caso la gestión adelantada por estas empresas estará sometida a los principios de la función administrativa.

3.3.2 Preciado lo anterior debe manifestarse que en la actividad contractual estatal se presenta una relación estrecha entre el contrato y actos administrativos, en tanto estos últimos son la

forma por excelencia a través de la cual se expresa la Administración Pública, de donde resultan fundamentales, no solo en orden a la preparación del contrato, sino de lograr su debida ejecución al tiempo que para regular aquellas situaciones y circunstancias que se originan y resultan en el devenir de la actividad contractual.

El artículo 87 del Código Contencioso Administrativo, en la forma en que regía para la época en que se presentó la demanda, disponía:

“De las controversias contractuales. Cualquiera de las partes de un contrato estatal podrá pedir que se declare su existencia o su nulidad y que se hagan las declaraciones, condenas o restituciones consecuenciales, que se ordene su revisión, que se declare su incumplimiento y que se condene al responsable a indemnizar los perjuicios y que se hagan otras declaraciones y condenas. **Los actos proferidos antes de la celebración del contrato, con ocasión de la actividad contractual, serán demandables mediante las acciones de nulidad y de nulidad y restablecimiento del derecho, según el caso, dentro de los treinta (30) días siguientes a su comunicación, notificación o publicación.**

La interposición de estas acciones no interrumpirá el proceso licitatorio, ni la celebración y ejecución del contrato. Una vez celebrado éste, la ilegalidad de los actos previos solamente podrá invocarse como fundamento de nulidad absoluta del contrato” (negritas adicionales).

Como se puede observar la acción de controversias contractuales, una vez celebrado el contrato no solo permite verificar la existencia del contrato, el incumplimiento y la reparación de los perjuicios, sino el control de los actos administrativos definitivos, lo que no podría ser de otra forma si se tiene en cuenta que aquellos gozan de presunción de legalidad, de donde el juez no pueden pasarse por alto, cuando aquellos tengan que ver con las pretensiones formuladas en sede judicial.

En este punto conviene recordar, recurriendo a uno de los innumerables pronunciamientos de esta Corporación, que un acto administrativo de carácter definitivo “según el concepto doctrinal y jurisprudencial tradicionalmente reconocido se entiende [como] la expresión de la voluntad de una autoridad o de un particular en ejercicio de funciones administrativas que modifique el ordenamiento jurídico, es decir, que por sí mismo cree, extinga o modifique una situación jurídica....

En este marco no reviste mayor discusión la competencia de la administración para expedir actos que no pueden ser concebidos sin el contrato mismo y que definen el estado de la relación, al igual que otros que no tienen ese alcance de modo que no tendrían que ser considerados separadamente, para efectos de controvertir su validez.

Esta distinción es reconocida por el propio Estatuto de Contratación, entre otros, en el numeral 7 del artículo 24 y en el artículo 77:

“...7o. Los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión de ella, salvo los de mero trámite, se motivarán en forma detallada y precisa e igualmente lo serán los informes de evaluación, el acto de adjudicación y la declaratoria de desierto del proceso de escogencia.

(...)

De la Normatividad aplicable en las actuaciones administrativas. En cuanto sean

compatibles con la finalidad y los principios de esta ley, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la Función administrativa, serán aplicables en las actuaciones contractuales. A falta de éstas, regirán las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1º.- El acto de adjudicación no tendrá recursos por la vía gubernativa. Este podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, según las reglas del Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 2º.- Para el ejercicio de las acciones contra los actos administrativos de la actividad contractual no es necesario demandar el contrato que los origina.

Por su parte, la jurisprudencia de la Sala ha puesto en evidencia la existencia de actos puros y simples dentro de la actividad contractual:

“...De otro lado, no todos los actos expedidos durante la ejecución o desarrollo del contrato son pasibles de la pretensión de nulidad si en realidad no revisten el carácter de actos administrativos, pues lo que atañe a esta jurisdicción es conocer de la validez de éstos últimos y no de los puros y simples actos de la administración, que se expiden sin tener como fundamento el ejercicio del poder y la autoridad pública....

3.4 Con apoyo en las anteriores consideraciones, procede la Sala a determinar la naturaleza de los actos mediante los cuales Ferrovías contestó las reclamaciones presentadas por la STF S.A. por concepto de accidentes en la vía férrea en el marco de la ejecución de contrato 16-0072-0-97:

3.4.1 Precisa advertir que las partes acordaron el procedimiento para realizar reclamaciones, ante la presentación de novedades o accidentes en la vía que interrumpieran su tráfico:

“...CLAUSULA DÉCIMA PRIMERA. - **NOVEDADES Y/O ACCIDENTES.** Cuando sucedan novedades y/o accidentes que interrumpan el tráfico por la vía férrea, FERROVÍAS atenderá en forma diligente la reparación de la vía férrea, ya sea directamente o a través de terceros. Si sobre la vía existieran locomotoras, vagones o carros de STF, o de cualquier otro operador o de arrendatarios de FERROVÍAS, que estén obstaculizando el normal desarrollo de las operaciones férreas, serán retirados de esta por la STF. En todo caso, de ser necesario, Ferrovías podrá exigir o ejecutar la reubicación de estos equipos en los patios de cualquier estación, previa información de este hecho a la STF. De igual forma STF podrá exigir o ejecutar directamente la ubicación en los patios de cualquier estación, de los equipos de FERROVÍAS o que estén a cargo de esta y/o de la carga o mercancía de otros operadores o de arrendatarios de FERROVÍAS que están obstaculizando el normal desarrollo de las operaciones férreas, previa información a FERROVÍAS. STF le cobrará a FERROVÍAS los gastos en que incurra por este concepto. **En cada caso, FERROVÍAS adelantará una investigación técnica y operativa, a través de la División de Control y Seguridad, y con la colaboración del respectivo ingeniero seccional, para establecer las causas (sic) de la novedad y/o accidente, sin perjuicio de las investigaciones disciplinarias que cada una de las partes realice. Los resultados de la investigación técnica y operativa, levantada con base en el acervo testimonial, documental, registro fotográfico y demás elementos de apoyo logístico con que cuente el funcionario o funcionarios que se desplacen al sitio de ocurrencia del siniestro para tal fin, serán**

remitidos a la Oficina Jurídica de FERROVÍAS, para que esta determine las responsabilidades estipuladas en el contrato. **PARÁGRAFO PRIMERO.** En todo caso, la STF podrá adelantar también la respectiva investigación técnica y/o operativa con el mismo fin, a través del área que determine o de un tercero calificado, en lo posible con la presencia de un funcionario que FERROVÍAS designe para el efecto, con quien se levantará el correspondiente informe de investigación, en la misma forma y términos en que debe efectuarse cuando dicha diligencia la adelante directamente FERROVÍAS y los resultados de la misma se remitirán a la División de Control y Seguridad de la Vicepresidencia de Control Operacional de FERROVÍAS, para que esta se pronuncie y remita los resultados a la Oficina Jurídica de FERROVÍAS para los fines anteriormente mencionados. Si dentro de la investigación se establece que la novedad o accidente se debió a causa imputable a alguna de las partes, por incumplimiento en las obligaciones derivadas del presente contrato, culpa o cualquier otra causal de responsabilidad, el costo que se cause solamente por la atención de los mismos le será cobrado a esa, por la otra parte, previo el agotamiento del procedimiento legal aplicable para el reconocimiento y pago de dichas sumas, en consideración a las partes contratantes y a la naturaleza y aspecto presupuestal del contrato celebrado. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** FERROVÍAS no reconocerá a la STF, como costos de atención de accidentes o siniestros, suma alguna por concepto de pérdida total o parcial, deterioro, faltante, etc. De mercancía o carga transportada por el operador, ya sea de su propiedad o de terceros, STF declara que en desarrollo de su objeto social, suscribe con cada uno de los usuarios del transporte de carga o mercancía que presta, un contrato de seguro de mercancía...” (se resalta).

3.4.2 El 21 de junio de 1999, la STF S.A. presentó reclamaciones por descarrilamientos, volcamientos, semivolcamientos e interrupciones en la vía ocurridas durante la ejecución del contrato 16-0072-0-97, las que fueron atribuidas, fundamentalmente al mal estado de la vía y a razones de orden público. Solicitudes que fueron resueltas por Ferrovías a través de las resoluciones identificadas con los números 595 a 655 en las que la entidad negó toda responsabilidad, al tratarse de novedades o accidentes imputables a situaciones externas o a la STF. Esto, en tanto las interrupciones eran situaciones motivadas en razones de orden público como protestas realizadas por los moradores en inmediaciones de las vías y los accidentes a la infracción de normas para la operación de la vía férrea o el reglamento de movilización de trenes. Igualmente, atribuidos a actuaciones imprudentes o descuidadas de la tripulación (fls. 12 a 286, c.2).

3.4.3 En este contexto, se trata de manifestaciones de la administración sin efectos vinculantes, así la demandada y el Ministerio Público las consideren definitivas, pues en realidad son actos en los que Ferrovías expresa su posición contractual. Tan es así, que de acuerdo con lo acordado en el contrato, frente a siniestros y novedades tanto Ferrovías como la STF S.A podían plantear sus puntos de vista en orden a establecer quien debía hacerse cargo de los gastos que el restablecimiento de la funcionalidad de la vía demandara. Un entendimiento diferente llevaría a la conclusión de que todo pronunciamiento de la administración por eso solo hecho comporta manifestación de autoridad, desconociendo el principio rector de la previa atribución legal de la competencia estatal, con el agravante de que se pasaría por alto, además la fuerza de la relación contractual sujeta a reglas de igualdad.

Sin perjuicio de lo anterior, no puede olvidarse que los pronunciamientos de la administración demuestran que las reclamaciones tuvieron que ver con accidentes o novedades que se presentaron durante la ejecución del contrato 16-0072-0-97, mientras que las pretensiones

formuladas en este proceso no solo tiene que ver con ese contrato sino con el contrato 16-0095-0-99. Tampoco, puede pasarse por tal que las reclamaciones no tiene una conexión directa con las pretensiones de este proceso, puesto que no se fundan en los fletes carreteros que presuntamente tuvo que pagar la STF, S.A para cumplir con sus clientes y la carga que dejó de transportar.

Vistas así las cosas, para la Sala la excepción de inepta demanda no tiene vocación de prosperidad.

4. Valor probatorio de las copias simples y de los correos electrónicos

4.1 Valor probatorio de las copias simples

El a quo negó valor probatorio a las copias simples que no provenían de las partes, en tanto no se aportaron conforme lo establece el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Por el contrario, la Sala considera que aquellas pueden ser valoradas, en tanto ellas obraron en proceso lo que permitió su contradicción y las partes no las tacharon de falsas.

Sobre esto último, debe tenerse en cuenta que la Sala Plena de Sección Tercera, sobre el valor probatorio de las copias, ha señalado:

“...[S]e reitera aquí el criterio recientemente establecido por la Sala Plena de Sección Tercera frente al valor probatorio de las copias simples, cuando las mismas han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, evento en el cual dichas copias son susceptibles de valoración, e idóneas para determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal. (...) el hecho de que los intervinientes del proceso hubieran conocido el contenido de los documentos allegados como prueba trasladada, permite fallar de fondo el presente asunto con base en ellos, toda vez que resultaría contrario a la lealtad procesal que las partes utilizaran unas pruebas como fundamento de sus alegaciones y que luego, al ver que su contenido puede resultar desfavorable a sus intereses, predicaran su ilegalidad, pretextando que en el traslado de los documentos no se cumplió con las formalidades establecidas en el Código de Procedimiento Civil....

Debido a que el tema mantenía disimilitudes en las demás Secciones fue discutido por el Pleno de la Corporación, ocasión en la que se coligi:

“El moderno derecho procesal parte de bases de confianza e igualdad de armas, en las que los aspectos formales no pueden estar dirigidos a enervar la efectividad del derecho material, sino que deben ser requisitos que garanticen la búsqueda de la certeza y, por tanto, impidan que el juez adopte decisiones denegatorias de pretensiones por exceso ritual manifiesto. Entonces, se debe propender por un derecho procesal dinámico, en el que las partes asuman sus responsabilidades a partir de un escenario serio en el que se defiendan los intereses subjetivos que se debaten al interior del litigio, sin que el operador judicial promueva rigorismos formales que entorpezcan su aplicación.

Ahora bien, es importante resaltar que la Corte Constitucional en reciente sentencia del 17 de abril de 2013 consideró que la exigencia de copias auténticas **deviene razonable** en los términos

establecidos en el artículo 254 del C.P.C., es decir, en aquél caso la Corte encontró que la actuación del juez ordinario al desestimar el valor probatorio de las copias simples, no desconoció los derechos fundamentales del actor por cuanto estaba dentro de lo razonable jurídicamente; sin embargo, ello no significa que esa sea la única posición aceptable constitucionalmente, pues la postura expuesta en la presente providencia referida al principio de buena fe constitucional o de “autenticidad tácita” de las copias simples es aún más garantista a la luz de los principios constitucionales mencionados y no es otra cosa que su efectivización por parte del juez de lo contencioso administrativo, quien así los materializa en aras de garantizar una tutela judicial efectiva.

Finalmente, la Sala reitera que la tesis expuesta no implica que se releve a las partes del cumplimiento de las solemnidades que el legislador establece o determina para la prueba de específicos hechos o circunstancias (v.gr. la constancia de ejecutoria de una providencia judicial para su cumplimiento; el respectivo registro civil de nacimiento o de matrimonio según lo determina el Decreto 1260 de 1970, para determinar el parentesco; la escritura pública de venta, cuando se busque la acreditación del título jurídico de transferencia del dominio de un bien inmueble).

Entonces, la formalidad o solemnidad vinculantes en el tema y el objeto de la prueba se mantienen incólumes, sin que se pretenda desconocer en esta ocasión su carácter obligatorio en virtud de la respectiva exigencia legal. La unificación consiste, por tanto, en la valoración de las copias simples que han integrado el proceso y, en consecuencia, se ha surtido el principio de contradicción y defensa de los sujetos procesales ya que pudieron tacharlas de falsas o controvertir su contenido.

4.2 Valor probatorio de las copias de correos electrónicos

El progreso en el campo de la tecnología y su inmersión en las distintas clases de relaciones humanas, especialmente en el ámbito comercial, llevó a que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional a elaborar estudios en orden a establecer sus efectos jurídicos. Así se cuenta con: Aspectos Jurídicos del Proceso Automático de datos(1984); la Recomendación sobre el Valor Jurídico de los Registros Informáticos (1985); el Estudio Preliminar de las Cuestiones Jurídicas Relacionadas con el Perfeccionamiento de Contratos por medios Electrónicos (1990) y la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico en cuya aprobación se recomendó a todos los Estados que al expedir o modificar las regulaciones existentes sobre la materia se tuviera en cuenta su contenido en aras de uniformar la legislación aplicable a las formas de comunicación y almacenamiento de información, en soportes distintos del pape.

Es importante destacar que esta última, en el literal a) del artículo 1 definió el mensaje de datos como la información generada, enviada, recibida o archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. Por su parte en el artículo 5 reconoció que no se le puede negar efectos jurídicos, tampoco validez o fuerza obligatoria a la información por la sola razón de que esté en forma de mensaje de datos. Y bajo esa lógica señaló que pueden ser admitidos como medios de pruebas. Al respecto en el artículo 9 expresó:

“...Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos 1) **En todo trámite legal, no se dará aplicación a regla alguna de la prueba que sea óbice para la admisión como prueba de un mensaje de datos: a) Por la sola razón de que se trate de un mensaje de datos; o b) Por**

razón de no haber sido presentado en su forma original, de ser ese mensaje la mejor prueba que quepa razonablemente esperar de la persona que la presenta. 2) Toda información presentada en forma de mensaje de datos gozará de la debida fuerza probatoria. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la **fiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la fiabilidad de la forma en la que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente** (se resalta).

En acato a la mencionada recomendación, un gran número de ordenamientos en el mundo han acogido la Ley Modelo de la CNUDMI, mediante leyes en materia de acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales. Así, según el autor Juan Carlos Riofrío Martínez – Villalba en Suramérica, Colombi fue el primer país que recogió la normativa internacional en la Ley 527 de 1999. En el año 2000, Perú publicó la Ley 27.269, Ley de Firmas y Certificados Digitales; en el año 2001 siguieron esos pasos Argentina con la Ley 25.506 relativa a la Firma Digital y Venezuela con la Ley 37.148 que define, regula las firmas digitales y los certificados electrónicos. En el año subsiguiente Chile con la Ley 19.799 sobre documentos electrónicos y Ecuador con la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Dato.

De cara a nuestro ordenamiento, resulta importante poner en evidencia que, en la exposición de motivos de la 527 de 1999

se dejó constancia de que con la expedición de la norma se buscaba dotar de fundamento jurídico a las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos y darle fuerza probatoria a los mensajes de datos. En el documento se lee:

“...Este proyecto de ley que hoy dejamos a su consideración, busca dotar de fundamento jurídico a las transacciones comerciales realizadas por medios electrónicos y darle fuerza probatoria a los mensajes de datos que tengan relevancia jurídica en esa materia.

Respecto a los antecedentes de esta iniciativa, vemos que fruto del acercamiento con los organismos internacionales interesados en el tema y de la investigación realizada por la Comisión Redactora del Proyecto, en donde tuvieron asiento representante de organismos públicos y privados, se pudo concluir que las leyes modelos en el ámbito internacional son el instrumento adecuado para su incorporación al derecho interno.

Dentro de este grupo ya mencionado se encuentra la ley modelo de la Cnudmi (Comisión de las Naciones Unidas para el desarrollo del Derecho Mercantil Internacional) sobre Comercio Electrónico, la cual sirvió de base para el presente proyecto.

Ley modelo de la Cnudmi

La Asamblea General de la ONU, mediante Resolución 51/162 de 1996 aprobó la ley modelo sobre Comercio Electrónico elaborada por la Cnudmi y recomendó su incorporación a los ordenamientos internos como un instrumento útil para agilizar las relaciones jurídicas entre particulares.

La ley modelo tiene la finalidad de servir de referencia a los países en la evaluación y modernización de ciertos aspectos de sus leyes y prácticas en las comunicaciones con medios computarizados y otras técnicas modernas y en la promulgación de la legislación pertinente cuando no exista legislación de este tipo.

Ahora, nuestra legislación impone restricciones con respecto al uso de medios de comunicación modernos, en virtud a que no existe un régimen específico para el intercambio electrónico de informaciones (llamado por sus siglas en inglés "EDI") y otros medios conexos de comunicación de datos, originando incertidumbre acerca de la validez jurídica de la información presentada de manera diferente al documento, tal como se le califica en nuestro régimen procedimental.

(...)

Una ley de comercio electrónico, firmas digitales y entidades de certificación para Colombia

Este proyecto permite o facilita el uso del EDI y de medios conexos de comunicación de datos y concede igual trato a los usuarios de documentación con soporte de papel y a los usuarios de información con soporte informático, así pues, de su texto, podemos destacar los siguientes temas:

1. Mensajes electrónicos de datos.

El mensaje electrónico de datos, se considera la piedra angular de las transacciones comerciales telemáticas, por ello el proyecto de ley señala:

"Mensaje de datos: la información generada, enviada, recibida, archivada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser entre otros, el intercambio electrónico de datos (EDI), el correo electrónico, el telegrama, el teles o el telefax".
(Artículo 2 literal b).

La noción de "mensaje" comprende el de información obtenida por medios análogos en el ámbito de las técnicas de comunicación modernas, bajo la configuración de los progresos técnicos que tengan contenido jurídico.

Cuando en la definición de mensaje de datos, se menciona los "medios similares", se busca establecer el hecho de que la norma no está exclusivamente destinada a conducir las prácticas modernas de comunicación, sino que pretenden ser útil para involucrar todos los adelantos tecnológicos que se generen en un futuro.

El mensaje de datos como tal, debe recibir el mismo tratamiento de los documentos consignados en papel, es decir, debe dársele la misma eficacia jurídica, por cuanto el mensaje de datos comporta los mismos criterios de un documento.

Dentro de las características esenciales del mensaje de datos encontramos que es una prueba de la existencia y naturaleza de la voluntad de las partes de comprometerse; es un documento legible que puede ser presentado ante las Entidades públicas y los Tribunales; admite su almacenamiento e inalterabilidad en el tiempo; facilita la revisión y posterior auditoría para los fines contables, impositivos y reglamentarios; afirma derechos y obligaciones jurídicas entre los intervinientes y es accesible para su ulterior consulta, es decir, que la información en forma de datos computarizados es susceptible de leerse e interpretarse.

Por otra parte, en el proyecto de ley se hace hincapié como condición de singular trascendencia, La integridad de la información para su originalidad y establece reglas que

deberán tenerse en cuenta al apreciar esa integridad, en otras palabras que los mensajes no sean alterados y esta condición la satisfacen los sistemas de protección de la información, como la Criptografía y las firmas digitales, al igual que la actividad de las Entidades de Certificación, encargadas de proteger la información en diversas etapas de la transacción, dentro del marco de la autonomía de la voluntad.

Así mismo cuando el contenido de un mensaje de datos sea completo y esté inalterado, pero exista algún anexo inserto, éste no afectará su condición de "original". Esas condiciones se considerarían escritos complementarios o serían asimiladas al sobre utilizado para enviar ese documento "original".

Equivalentes funcionales

El Proyecto de ley, al igual de la Ley Modelo, sigue el criterio de los "equivalentes funcionales" que se fundamenta en un análisis de los propósitos y funciones de la exigencia tradicional del documento sobre papel, para determinar cómo podrían cumplirse esos propósitos y funciones con técnicas electrónicas.

Se adoptó el criterio flexible de "equivalente funcional", que tuviera en cuenta los requisitos de forma fiabilidad, inalterabilidad y rastreabilidad, que son aplicables a la documentación consignada sobre papel, ya que los mensajes de datos por su naturaleza, no equivalen en estricto sentido a un documento consignado en papel.

En conclusión, los documentos electrónicos están en capacidad de brindar similares niveles de seguridad que el papel y, en la mayoría de los casos, un mayor grado de confiabilidad y rapidez, especialmente con respecto a la identificación del origen y el contenido de los datos, siempre que se cumplan los requisitos técnicos y jurídicos plasmados en la ley.

(...)

3. Alcance Probatorio. El proyecto de ley establece que los mensajes de datos se deben considerar como medios de prueba, equiparando los mensajes de datos a los otros medios de prueba originalmente escritos en papel. Veamos:

"Admisibilidad y fuerza probatoria de los mensajes de datos. Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y tendrán la misma fuerza probatoria otorgada a los documentos en el capítulo VIII de título XIII del Código de Procedimiento Civil.

En toda actuación administrativa o judicial, vinculada con el ámbito de aplicación de la presente ley, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el solo hecho de que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original" (artículo 10).

Al hacer referencia a la definición de documentos del Código de Procedimiento Civil, le otorga al mensaje de datos la calidad de prueba, permitiendo coordinar el sistema telemático con el sistema manual o documentario, encontrándose en igualdad de condiciones en un litigio o discusión jurídica, teniendo en cuenta para su valoración algunos criterios como: confiabilidad, integridad de la información e identificación del autor;

Criterio para valorar probatoriamente un mensaje de datos. Al valorar la fuerza probatoria de un mensaje de datos se habrá de tener presente la confiabilidad de la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad de la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente (artículo 11).

El artículo 2 de la ley en estudio reproduce la definición de mensaje de datos de la ley modelo así: "...la información generada, enviada, recibida, almacenada o comunicada por medios electrónicos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el Intercambio Electrónico de Datos (EDI), Internet, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax...

, a los cuales se les otorgó igual tratamiento y eficacia probatoria de los documentos en papel, de donde, en línea con la ley modelo, se reiteró que su contenido no puede desconocerse por su forma de mensaje de datos (artículo 5).

A su vez, la Ley 527 de 1999 le confirió pleno valor probatorio a los mensajes de datos, tanto para actuaciones administrativas como judiciales, en cuanto dispuso en el artículo 10 que:

"Los mensajes de datos serán admisibles como medios de prueba y su fuerza probatoria es la otorgada en las disposiciones del Capítulo VIII del Título XIII, Sección Tercera, Libro Segundo del Código de Procedimiento Civil.

"En toda actuación administrativa o judicial, no se negará eficacia, validez o fuerza obligatoria y probatoria a todo tipo de información en forma de un mensaje de datos, por el sólo hecho que se trate de un mensaje de datos o en razón de no haber sido presentado en su forma original."

Eso sí en punto de la valoración, el artículo 11 preceptúa que no solo se deben tener en cuenta las reglas de la sana crítica sino "...**la confiabilidad en la forma en la que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la confiabilidad en la forma en que se haya conservado la integridad de la información, la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente**", punto en el que nuevamente se siguió lo establecido en la ley modelo.

Para comprender, los precitados requisitos resulta ilustrativa la doctrina, que en punto de los requisitos que deben estar presentes en los documentos electrónicos en orden a generar efectos jurídicos, señala:

"...2.1 Autenticidad

Un documento electrónico, al igual que cualquier otro documento, debe responder a la evidencia de que el origen y el mensaje fijado sobre un soporte determinado, en ese caso electrónico, son auténticos. Esto es, que los datos que constan son fidedignos o susceptibles de ser empleados como tales para probar algo, es decir, para acreditar la realidad de lo que representa su contenido...

La garantía de la autenticidad ha sido una constante a lo largo de la historia del documento. La manera usual y normal de advenir o hacer legítimo el contenido del documento es la propia autografía del interviniente o, en su caso, la firma del que participa en el acto ratificando la información incorporada en el soporte...

En el ámbito de los documentos electrónicos, dada la forma especial de registrar el

mensaje, no pueden existir estos procedimientos directos de autenticación, de ahí que haya de recurrirse a otros métodos. Y es palmario que el documento electrónico transmitido a través de la red no es susceptible del empleo de la tradicional firma autógrafa, si bien la técnica permite el envío de signos o combinaciones que añadidos al documento electrónico puede suplir la función de la firma autógrafa cumpliéndose los requisitos de confidencialidad, integralidad y autenticación.

La firma electrónica será necesaria en aquellos actos jurídicos realizados de forma digitalizada y que requieran para su validez una verificación en forma de firma, pero no para la mayoría de los actos y documentos jurídicos en los que la misma solo será útil como una forma más de prueba para dar mayor garantía de su contenido o intervención de las partes.

Para garantizar esta autenticidad, la ley obliga a los prestadores de servicios de certificación a efectuar una tutela y gestión permanente de los certificados electrónicos que expiden...”

2.2 Integralidad

Uno de los problemas del documento electrónico estriba en la facilidad de su tratamiento y reproducción, lo que hace posible una fácil alteración o manipulación, sobre todo al estar redactado por códigos digitales en sistema binario que no dejan signos o evidencias de modificaciones. Por ello, para acreditar que el mensaje o la información que contiene el documento no ha sufrido alteración durante el archivo y, principalmente, durante la transmisión entre distintos terminales, está la firma electrónica.

Esta institución, en sus diversas modalidades constituye un instrumento capaz de permitir una comprobación de la procedencia y de la integralidad de los mensajes transmitidos a través de redes de telecomunicación, ofreciendo las base para evitar el repudio, siempre que se adopten las medidas oportunas mediante la incorporación de fechas electrónicas. Las personas que gestionan el empleo de la firma electrónica son los denominados prestadores de servicios de certificación...

2.3 Seguridad

La seguridad en el documento electrónico toma importancia en relación con la fase de conservación. Precisamente por el hecho de su facilidad de reproducción, alteración, copia y destrucción, debe hablarse de su seguridad en contraposición con los documentos en soporte papel, en el sentido de que, si para estos la autenticidad e integralidad son dos elementos definitorios que manifiestan la originalidad de los mismos, ahora la seguridad, sin desprenderse de esos dos elementos, vendrá a determinada por la política de control de acceso a los sistemas de producción y conservación de los documentos electrónicos, ya que la facilidad de la alteración, reproducción o copia, sin dejar huellas fácilmente detectables, suponen un problema para el documento digitalizado.

....

Por esta razón es necesario observar unas pautas o protocolos en orden a la seguridad de los documentos electrónicos tanto desde el punto de vista de su autenticación como de la cuestión archivística o de conservación.

Los protocolos a observar han de hacer referencia, han de hacer referencia entre otros a los siguientes extremos:

1º) La forma y la estructura en que se deben crear e incorporar los documentos al sistema de archivo o conservación.

2º) Los metadatos que deben crearse junto con el documento para su protección y control.

3º) Los requisitos de recuperación, uso y transmisión de documentos por los posibles usuarios.

4º) La forma de conservación de los documentos de manera que se asegure su integridad y accesibilidad a lo largo del tiempo.

5º) Las garantías a observar en los procesos de transferencia de datos....

2.4 La originalidad

Es lógico pensar que la originalidad en el documento electrónico es totalmente diferente a la originalidad en el documento convencional. El almacenamiento y la disposición de los códigos binarios, así como su translación a lenguajes inteligibles para los hombres pueden hacerse por distintos dispositivos. Los documentos electrónicos se generan, se gestionan y se transmiten por medios electrónicos, que no siempre obedecen a la misma estructura, pero que, de cara a la conversión a lenguaje inteligible, pueden ser totalmente compatibles, por lo que no es necesario mantener la misma estructura de disposición del contenido del mensaje o información desde su génesis hasta su comunicación. En consecuencia, la forma de presentación del documento variará en función de criterios de gestión y conservación que se establezcan por los creadores o los encargados de la custodia de estos documentos y los procesos de reproducción que se utilicen. La originalidad en el documento electrónico ateniendo, pues, más a criterios sustantivos o de contenido que de forma y configuración....

Ahora bien, aunque desde antes de la entrada en vigencia de la normativa en comento, el artículo 175 del Código de Procedimiento Civil dotó de relevancia probatoria a los mensajes electrónicos al admitirlos como medios de prueba, en tanto enmarcados dentro de los elementos útiles para el convencimiento del juez de que trata el enunciado en comento; al tiempo que, el artículo 251 calificaba como documento todo objeto mueble que tuviese carácter representativo o declarativo, lo cierto es que la Ley 527 de 1999 puso en alto el principio de equivalencia funcional y despejó cualquier duda en torno a la admisión del mensaje de datos como medio de prueba, así mismo sobre sus criterios de valoración.

En este contexto, viene al caso señalar que el Código de Procedimiento Civil, en lo que respecta a los documentos, como indiscutiblemente podría considerarse a los correos electrónicos que fueron aportados a este proceso, en el artículo 252 establece que “es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”, la que se presume tratándose de y determina las circunstancias para colegirlo, en lo relativo a los privados.

Así mismo, en el artículo 279 *Ibídem*, al referirse a los documentos privados, prescribe que cuando éstos son auténticos, tienen el mismo valor que los públicos, entre quienes los suscribieron o crearon y sus causahabientes, como frente a terceros. En cambio, si no lo son, carecen de cualquier vigor demostrativo, pues como lo precisa la norma, a lo sumo, tendrán el carácter de prueba sumaria, en cuyo caso, además de precaria, su fuerza probatoria es temporal.

Así las cosas, extrapolando estos requisitos a los mensajes de datos, la Sala colige que, la

autenticidad del mensaje se encuentra ligada a la confiabilidad del mismo, determinada por la forma como se hubiese generado y conservado y, naturalmente, por la forma en que se identifique a su iniciador. En suma, como todo documento, la eficacia probatoria del correo electrónico dependerá, de su autenticidad, para lo cual serán importantes los mecanismos tecnológicos, como también los criterios de interpretación que rigen estas normas, entre los que se encuentra el principio de buena fe.

Siendo ello así, debe tenerse presente que los avances tecnológicos dan cuenta de mecanismos creados precisamente para dar cuenta de la autenticidad del documento electrónico, en tanto como se ha dicho la red telemática no permite el empleo de la firma personal. De este modo, para los casos en que los signos de identificación que acompañan al mensaje no son suficientes cobra importancia la firma electrónica. En criterio del autor José Antonio Vega Vega esta permite la comprobación de la procedencia e integridad de los mensajes enviados a través de las redes de comunicacione.

Así, lo prevé el artículo 28 de la Ley 527 de 1999 en cuanto dispone que la firma digital fijada en un mensaje de datos hace presumir que el suscriptor de aquella tenía la intención de acreditarlo y ser vinculado con su contenido. Al respecto, debe precisarse que son las entidades de certificación las encargadas, de acuerdo con dicha normatividad, de ofrecer firmas electrónicas, además, de ser el caso, de emitir certificaciones sobre la firma y sobre la integralidad del envío y recepción de un mensaje de datos (artículo 30), incluso pueden ofrecer servicios para su conservación.

No obstante lo anterior y sin desconocer que lo deseable, a la luz de la normatividad en comento, es que los documentos electrónicos se aporten acompañados de su respectivo soporte digital y firmados de manera electrónica, firma ojala certificada, es una realidad incuestionable que para cuando entró en vigencia la Ley 527 e incluso en esta época la utilización de la firma digital no es la regla general en las comunicaciones privadas ni públicas que se entablan a través de las redes, como los correos electrónicos, menos aún en otro tipo de sistemas más recientes como las redes sociales, por medio de las cuales, actualmente, se celebran una cantidad importante de transacciones comerciales.

De la insipiente utilización de este tipo mecanismos de seguridad, da cuenta la Ley 1437 de 2011 que incorporó las tecnologías de la información en el marco del procedimiento administrativo (artículos 53 a 64 en los que se regula el documento público electrónico, la notificación, el acto administrativo electrónico, el archivo electrónico, el expediente, al sede electrónica). Señala el artículo 64 que, sin perjuicio de la utilización de estos medios, al momento de su promulgación, el Gobierno Nacional establecería los estándares y protocolos que deberían cumplir las autoridades para incorporar en forma gradual la aplicación de medios electrónicos en los procedimientos administrativos.

Así mismo, la ley en cita, incorporó al proceso contencioso administrativo la utilización de medios electrónicos para todas la actuaciones, permitiendo su uso sin mayores protocolos de seguridad, al punto que es un hecho notorio para los operadores judiciales y usuarios de la administración de justicia, la utilización del correo electrónico para enviar y recibir mensajes con eficiencia procesal, sin más mecanismos de confirmación que los que proveen ordinariamente los computadores disponibles en el mercado. Además, la misma ley estableció que la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura adoptaría las medidas necesarias para que en un plazo no mayor de cinco años, contados a partir de su vigencia, sea implementado con todas las condiciones técnicas necesarias el expediente judicial electrónico,

que agrupará los documentos electrónicos correspondientes a las actuaciones judiciales adelantadas en forma escrita dentro de un proceso.

En ese sentido, no es de extrañar que, como ocurrió en el presente caso, se incorporen reproducciones en papel de mensajes de datos, lo que a juicio de la Sala no puede llevar a su rechazo sin un esfuerzo del juez en lograr su individualización, pues las normativas internacionales y nacionales propenden por su eficacia y en esa línea se destaca la autorización al operador judicial de utilizar criterios alternativos para verificar la autenticidad del mensaje, a la luz del principio de buena fe, pilar esencial para la comprensión y aplicación de la normativa en comento. De otro lado, debe señalarse que la aplicación inflexible de la regla de autenticidad desconoce una realidad, esto es la dinámica en la que las personas se comunican a través de las redes y priva al proceso de un medio de prueba que puede permitir la debida solución del caso.

En este punto, debe ponerse de relieve que el acceso a la justicia no puede entenderse simplemente como la posibilidad formal de que las personas acudan ante la jurisdicción en pos de cualquier decisión que ponga fin a sus controversias, sino que exige al juez trascender al ámbito material de la eficacia de los derechos, libertades y demás intereses jurídicamente protegidos. Imperativo por cuya virtud le corresponde al juzgador acudir a las distintas fuentes de información que le permitan la convicción sobre la verdad de los hechos en procura de una decisión justa.

De este modo, se erige como regla general que las normas procesales deben ser aplicadas con criterios racionales y flexibles de cara a la utilización de cualquier medio probatorio, en tanto encaminado a la verdad de los hechos en que deben fundarse las decisiones y la eficacia material de los derechos, sin restricciones más allá de las que expresamente prevé el ordenamiento, con fundamento en las garantías del debido proceso y la defensa.

Sobre la aceptación de los documentos electrónicos sin firma, como medios de prueba la doctrina ha señalado:

“...Si tenemos un documento con firma digital certificada nuestra prueba del derecho resultará bastante fácil, porque entraremos al proceso por la puerta ancha, con presunción de validez en nuestro favor que trasladará la carga de la prueba a quien quiera negar la validez de nuestro documento...”

Pero ¿y si únicamente contamos con un correo electrónico, con un archivo cualquiera no firmado digitalmente, lo que es, a todas estas, lo más probable? ¿Qué si tenemos la bandeja del Outlook Express llena de evidencia no firmada? ETTORE llegó a afirmar que en el antiguo ordenamiento jurídico italiano “el acto escrito carente de la suscripción, y, por lo tanto, carente del valor de escritura privada, tiene un relieve modesto, en general, no superior a cualquier medio de prueba y a menudo inferior al testigo. Entonces, volvemos a preguntarnos: ¿tiene algún valor probatorio estos documentos privados no reconocidos? Creemos que sí, justamente por la natural aptitud probatoria intrínseca a las fuentes de prueba...”

Como queda dicho, en general se reconoce que los mensajes de datos firmados o no serán considerados medios de prueba. De aquí no se concluye que cualquier mensaje de datos sea prueba inexpugnable dentro de un proceso. Por ello se suele supeditar la eficacia probatoria de los mensajes de datos no firmados a las normas generales del proceso.

En estas condiciones, la Sala considera que las copias impresas de correos electrónicos, no tachadas de falsas por la persona a quien se oponen, cuando permitan una mínima

individualización, esto es cuando ofrezcan certeza sobre quien los ha elaborado, a quien se ha dirigido y cuándo, pueden ser valoradas, en tanto la individualización da lugar a asociar el contenido, lo que implica, a la luz del principio de buena fe, aceptar su autenticidad. Eso sí, de ello no se sigue que el medio de prueba resulte per se idóneo para la demostración que se pretende, pues su valoración estará sujeta a valoración conjunta y en especial de las reglas de la sana crítica.

Lo anterior, sin perjuicio de que la parte que allegue los correos electrónicos, de entrada, solicite su reconocimiento o el juez de manera oficiosa para los casos en que estos resulten controvertidos por la contraparte haga uso del reconocimiento del documento en los términos del artículo 272 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, debe señalarse que la Sala no podría ir en una dirección contraria, pues es hacia allá a donde apuntan las normas procesales vigentes. En efecto, el Código General del Proceso, en el artículo 82, sobre los requisitos de la demand

527, advierte que no hace falta que presentada en forma de mensaje de datos, vaya acompañada de firma digital, pues basta que su creador se identifique debidamente para asociarlo a su contenido; entre tanto el artículo 244 señala que no solo es auténtico el documento sobre el cual existe certeza de la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado, sino a quien se atribuya y expresamente considera auténticos los mensajes de datos que se aporten al proceso sin condicionamiento algun

y el artículo 247 introduce una regla especial que facilita la valoración de las copias impresas de los mensajes de datos, las que se deben valorar como un documento privado ordinario, salvo que sea tachado de falso o desconocid

.

Precisado lo anterior, la Sala colige que en el presente caso, con independencia de su fuerza persuasiva, las impresiones de los correos electrónicos que aportó la STF S.A pueden ser aceptadas como pruebas, en tanto no fueron tachadas de falsas y permiten su individualización, pues de ellas se puede establecer la fecha de creación, quién fue el emisor y receptor y en esa medida asociar su contenido, más si se tiene en cuenta que se trata de correos internos a través de los cuales se disponía la logística para concretar las peticiones de transporte de carga.

En efecto, la STF aportó los correos que obran en los tomos 1 a 6 como fueron denominados por la parte actora, creados y transmitidos en vigencia de los contratos objetos de este proceso, cuyos iniciadores son las cuentas de correos MMOJICA, JEAYA, AOLANO, ANMEJIA@STF-MED MCARDONA, HROZO, GZAPATA, MOSORIO, pertenecientes a funcionarios del área de ventas de STF, S.A., a JROJAS@STF-VPO Y GVILLAMA@STF-CO en los que se solicita la realización de diferentes servicios de carga solicitados por clientes de la empresa.

Eso sí de este grupo quedan por fuera las copias ilegibles que no permite su identificación.

5. Análisis del caso

La Sala procede a estudiar si Ferrovías incumplió con sus obligaciones de rehabilitación, mantenimiento y conservación de la vía férrea y si como consecuencia de ese hechos la STF,

S.A. sufrió los perjuicios que alega, esto es el pago de fletes carreteros para el cumplimiento de los compromisos previamente adquiridos con sus clientes e ingresos dejados de percibir. Lo anterior dado el mal estado de la vía.

5.1 Sobre el cumplimiento del contrato

5.1.1 El artículo 1602 del Código Civil preceptúa que el contrato es ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 del mismo Estatuto, es fuente de obligaciones, las que, tratándose de contratos bilaterales, no se hacen exigibles para una parte hasta tanto la otra no cumpla o se allane a cumplir lo que le corresponde. Sobre esto último, el artículo 1609 del estatuto en cita señala que **en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.**

5.1.2 Así, la Sala ha señalado que quien alega el incumplimiento, debe probar que satisfizo todas sus obligaciones contractuales, en la forma y tiempo debidos, para luego sí proceder a demostrar los perjuicios. En palabras de la Sal:

“18. En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su co-contratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.

19. Quiere decir lo anterior que el éxito de la acción de controversias contractuales de que trata el artículo 87 del C.C.A. cuando se pretende obtener la declaratoria de incumplimiento del contrato y la condena en perjuicios presupone que la parte que la ejerce acredite en el proceso haber cumplido o estado presto a cumplir sus obligaciones; o lo que es igual, para abrir paso a pretensiones en ese sentido la parte que las invoca debe probar que satisfizo las obligaciones que le incumben o se allanó a hacerlo, para demostrar que la otra parte está en un incumplimiento de las obligaciones a su cargo, que éstas son exigibles y que, por tanto, se encuentra en mora para su pag.

20. La Sala reiter que esa carga de la prueba que pesa sobre quien alega y pretende la declaratoria de incumplimiento en los contratos sinalagmático tiene una doble dimensión:

Tratándose de contratos sinalagmáticos, no se hacen exigibles para una parte, hasta tanto la otra no cumpla la que le corresponde (Art. 1609 C.C.). Desde ésta perspectiva, para la Sala es evidente que para poder solicitar ante el juez la declaratoria de incumplimiento, de una parte o de la totalidad del contrato por parte del contratista, es indispensable que éste, a su vez, acredite que satisfizo todas y cada una de sus obligaciones contractuales, de manera tal que hace exigibles las de su co-contratante.

En este sentido, no resulta procedente solicitar solamente la declaratoria de incumplimiento del contrato (...), sin antes haber acreditado plenamente el cumplimiento propio de quien lo alega, pues ello constituiría una pretensión incongruente, donde una eventual condena devendría en injusta e irregular, en tanto no está plenamente establecido que el incumplimiento del co-contratante obedeció a mora en el pago de la obligación, que sería, en el presente caso, la única situación que justificaría la condena solicitada

Bajo esta lógica, la Sala, también, ha precisado que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, bien sea, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad por culpa que sólo admite exoneración, en principio, por causas ajenas o imputables al contratante que alega el incumplimiento.

5.2 Lo establecido en el proceso

5.2.1 En el presente caso, la parte actora señala que Ferrovías, en virtud de los contratos 16-0072-0-97 y 16-0095-0-99 se obligó a la rehabilitación y mantenimiento de la vía férrea, esto es a conservarla en las condiciones en que la entregó al inicio del acuerdo de voluntades, de forma que permitiera su tránsito en condiciones para el transporte de carga. Obligación que incumplió al punto que la vía se deterioró e impidió su debida explotación, como lo acreditan los distintos medios de prueba que se allegaron al proceso.

Entretanto, la demandada manifiesta que la sociedad transportadora aceptó la entrega de la vía en la condición que conoció al inicio del contrato, sumado a que no cumplió con sus obligaciones, en especial, con el pago de los peajes.

5.2.2 Sobre el particular, las pruebas válidamente allegadas al proceso permiten tener por acreditado:

5.2.2.1 El 10 de agosto de 1994, Ferrovías suscribió con el Gobierno Nacional un convenio de desempeño por el término de tres años y medio (la fecha de finalización fue el 31 de diciembre de 1997) con el objeto de “optimizar la gestión de la Empresa Colombiana de Vías Férreas - FERROVÍAS- con la finalidad de promover una eficiente utilización de los recursos públicos y garantizar la prestación de un servicio eficiente y confiable a los operadores de modo férreo...”. Con este fin se fijaron los siguientes objetivos específicos:

“1 Adelantar la rehabilitación de las líneas prioritarias de acuerdo con los plazos metas que se establecen en este convenio.

Asegurar el mantenimiento de los trayectos rehabilitados.

Concentrar los recursos humanos y financieros de FERROVÍAS en la administración y supervisión de los contratos de rehabilitación y mantenimiento de la red.

Promover una gestión eficiente de FERROVÍAS, reduciendo la planta de personal, celebrando grandes contratos de rehabilitación y mantenimiento, entregando la administración de los bienes muebles del Fondo del Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacional de Colombia y prescindiendo de la operación directa de cualquier clase de equipo férreo”:

Además, se asumieron en términos generales los siguientes compromisos: Ferrovías, a nivel operativo, se comprometió a mejorar la confiabilidad del modo férreo, lo que se mediría a través de los siguientes indicadores: tiempos de movilización en línea, número de novedades en la vía, tiempos de respuesta a los descarrilamientos, actualización de las velocidades máximas autorizadas y el sistema de control de trenes; a nivel físico se fijó como objetivo asegurar la rehabilitación de la totalidad de las líneas Puerto Salgar-Santa Marta y Grecia-Medellín a fines de 1997; a nivel administrativo se propuso contratar con particulares todas las actividades posibles, concentrando los esfuerzos en el tema de la supervisión de los contratos, también, la reducción de costos de operación y mantenimiento, reducción de actividades relaciones con el

manejo inmobiliario, reducción de personal, ajustes y modos de pago de los peajes. Por su parte, el Gobierno Nacional se comprometió, entre otros, a desembolsar los recursos para financiar los gastos de funcionamiento de la entidad de acuerdo con los avances del convenio (fls. 38 a 51, c.3).

5.2.2.2 El día 1.º de mayo de 1997, Ferrovías y la STF S.A. suscribieron contrato de uso de la vía por nueve meses, previas las siguientes consideraciones:

... “1. Que el presente contrato se realiza en desarrollo del objeto social de las partes; **2. Que la operación, recuperación y mantenimiento del corredor férreo genera costos a FERROVÍAS, los cuales deben ser cubiertos, tanto con los respectivos aportes del Presupuesto Nacional, como por las tarifas de peaje cobrada (sic) a los usuarios, teniendo en cuenta el objeto social y la naturaleza industrial y comercial de FERROVÍAS.** 3. Que Ferrovías ejerce las funciones de control de tráfico ferroviario y la operación, recuperación y mantenimiento de la vía férrea; 4. Que el Gobierno Nacional ha establecido la necesidad de incorporar la REHABILITACIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN de la infraestructura ferroviaria nacional al programa de concesiones que se viene adelantando en otras áreas del desarrollo de la infraestructura de transporte del país. 5. Que el Plan Desarrollo e Inversiones para el periodo 1995-1998, Ley 188 de 1995, contempla lo concerniente al desarrollo del sector férreo indicando que se promoverá la participación del sector privado en la REHABILITACIÓN, mantenimiento y OPERACIÓN de la totalidad de la red económicamente viable. 6. Que el Consejo Nacional de Política Económica Social, mediante los documentos COMPES Nos. 2775 y 2776 del 26 de abril de 1995 estableció las directrices para iniciar el respectivo proceso de concesiones. 7. Que mediante la Resolución No. 1664 del 26 de diciembre de 1996, FERROVÍAS ordenó la apertura PARA LA CONCESIÓN DE LA RED FÉRREA NACIONAL – RED ATLÁNTICA, encaminada a celebrar contrato de CONCESIÓN sobre la INFRAESTRUCTURA de transporte férreo que forma parte de la RED ATLÁNTICA para su REHABILITACIÓN, CONSERVACIÓN Y EXPLOTACIÓN por parte del CONCESIONARIO, de conformidad con el artículo 30 numeral 1.º de la Ley 80 de 1993 y, en consecuencia, cualquier negocio jurídico, principal o accesorio que se celebre y que tenga por objeto la vía férrea activa tiene que condicionar su vigencia al desarrollo del proceso de concesiones iniciado; 8. Que el presente contrato se suscribe aceptado la STF el estado actual de la vía férrea que está reflejado en el NOTAM FERROVIARIO, el cual conoce a cabalidad STF y constituye, el ANEXO C del presente contrato. FERROVÍAS realizará el mantenimiento de la vía férrea de acuerdo al rubro presupuestal asignado para cada línea férrea 9. Que las relaciones entre Ferrovías y la STF sobre la operación y transporte en la vía férrea se rigen por las cláusulas del presente contrato, el acuerdo No. 013 del 23 de julio de 1991 expedido por FERROVÍAS y por las normas sobre contratación administrativa, en especial la Ley 80 de 1993 y demás normas que la adicionen o modifiquen...”.

El objeto del contrato se estableció en la cláusula primera del contrato en los siguientes términos:

“...El objeto del presente contrato es conceder a la STF el uso del corredor férreo de propiedad de FERROVÍAS, por el término de nueve (9) meses, para la prestación del servicio público de transporte y el tránsito de carga en las vías activas BOGOTÁ-SANTA MARTA, BOGOTÁ-BELENCITO, BELLO-GRECIA, DORADA-MARIQUITA Y LA CARO-LENGUASQUE; dicho servicio lo prestará la STF en trenes de su propiedad o tomados en arrendamiento. PARÁGRAFO ÚNICO. FERROVÍAS tiene el control de la operación ferroviaria y es la autoridad competente para la administración de la vía férrea y por lo tanto controla la operación

de los trenes que transiten sobre la vía férrea. STF operará sus trenes y tendrá derecho a transitar y transportar sobre las vías en el estado actual de operación, en los términos y condiciones señalados en el presente contrato con sujeción a los reglamentos de FERROVÍAS. CLÁUSULA SEGUNDA: DOCUMENTOS DEL CONTRATO. Forman parte del contrato los siguientes documentos: a) los anexos A y B que determinan los precios y pagos por el procedimiento de facturación y las zonas aledañas a la vía férrea; b) el ANEXO C constituido por el NOTAM FERROVIARIO que expide FERROVÍAS; c) la solicitud de ampliación del contrato anterior, presentada por el contratista..”. (fl. 2, c.2).

Y establecieron las siguientes obligaciones correlativas, en punto de la utilización de la vía férrea y conservación:

“...CLÁUSULA SÉPTIMA. TARIFAS, PAGOS Y CUENTAS. Las tarifas de peaje y procedimiento de ajuste según volumen de carga movilizado anualmente en el modo férreo, a partir de la suscripción del presente contrato son las establecidas por el Ministerio de Transporte en la Resolución No. 000353 del 18 de enero de 1996. En el evento de que se expida una resolución que modifique las tarifas señaladas, esta entrará a regir automáticamente.

CLÁUSULA OCTAVA: INTERESES CORRIENTES O DE MORA: Las obligaciones pendientes, los intereses corrientes, de mora y las obligaciones y las obligaciones que se generen por el presente contrato serán canceladas por la STF de acuerdo al documento de intención suscrito por las partes el 8 de agosto de 1994 y lo decidido en el Acta del Consejo Directivo de Ferrovías, de fecha 12 de enero de 1996, sobre el monto de los intereses corrientes anuales–.

(...)

CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE STF. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en el presente contrato y en la ley, la STF se obliga a: 1. Efectuar el pago oportuno de las tarifas por el tránsito, transporte y demás, de sus trenes sobre la vía férrea, lo mismo que por otros servicios que le preste FERROVÍAS de conformidad con lo establecido en la cláusula (sic) SÉPTIMA Y OCTAVA de este contrato y su ANEXO

CLÁUSULA DÉCIMA. OBLIGACIONES DE FERROVÍAS. Sin perjuicio de las demás obligaciones establecidas en el presente contrato y en la ley, FERROVÍAS se obliga a: 1. Controlar, regular y administrar eficientemente la vía férrea, **de acuerdo con el estado actual de la infraestructura de la vía férrea, de manera que permita cumplir con el Plan de Trenes que acuerden las partes.** 2. Suministrar el acceso razonable a los coordinadores de tráfico de STF a toda información de movimiento de los trenes de STF quienes harán el monitoreo de su tránsito sobre la vía férrea. **3. Realizar el mantenimiento de la infraestructura férrea, de conformidad con los programas y presupuesto de inversión vigentes para este año, con el objeto de evitar el deterioro de la vía.** 4. Cancelar a la STF el valor de los servicios que esta le preste en los casos en que FERROVÍAS se le hubiere solicitado. 5. Facilitar la eficiente operación férrea de la STF, por todos los medios que estén a su alcance partiendo de la base de que, por la poca inversión disponible para el presente año, en que tendrá lugar la ejecución del presente contrato, no existirán avances significativos en el mejoramiento de la vía....(fls. 1 a 11, c.3).

5.2.2.3 El 30 de enero de 1998, las partes prorrogaron el contrato 16-0072-0-97 por el término de tres meses, esto es hasta el 30 de abril de 1998, se dejó expresa constancia que durante el plazo adicional la STF S.A. se obligaba a pagar a Ferrovías la tarifa prevista en la cláusula séptima del contrato inicial, en la misma forma y términos señalados en el numeral 1 (fls. 17 y 18, c.3).

5.2.2.4 El 26 de marzo de 1999, Ferrovías y la STF S.A. suscribieron un nuevo contrato -16-0095-0-99- bajo idénticas condiciones, por el término de ocho meses prorrogables hasta el inicio del contrato de concesión de la red férrea del Atlántico (fls. 21 a 31, c.3).

5.2.2.5 Entre mayo de 1997 y el mes de noviembre de 1999, es decir en vigencia de los contratos en estudio, la STF S.A se dirigió en repetidas oportunidades a Ferrovías (se anexaron más de 300 comunicaciones) solicitando cuadrillas para superar descarrilamientos, mantenimiento, rehabilitación de pasos malos, rocería y poda de maleza sobre la vía, corrección y entrega oportuna de notam ferroviario, señalización; pero también para requerir el cumplimiento de los términos de interrupción derivados de los trabajos de rehabilitación; quejarse de la omisión de información de obras en desarrollo; poner de presente alteraciones al orden público como protestas y derrumbes sobre la vía por invierno; así mismo para informar de la suspensión del servicio por mal estado de la vía o reparaciones en curso (Tomos 1 a 3 – fls. 72 a 656, c. 3).

5.2.2.6 En esas mismas fechas, diferentes empresas dedicadas a la comercialización de productos como libros, papel, cartón paja, plásticos industriales, asbesto, alambazón de acero, fertilizantes, palanquilla, entre otros, solicitaron y confirmaron el retiro de puerto por parte de STF S.A. de sus mercancías (solicitudes de transporte – tomos 1 y 2, c.2). Así mismo, se encuentra probado que internamente la STF S.A adelantó las gestiones internas para dar cumplimiento a un alto número de órdenes de servicio, pues así lo demuestran los correos electrónicos enviados desde las cuentas de los funcionarios de encargados de ventas (copias de correos electrónicos - tomos 1 a 6, c. 9 a 14). Además, se encuentra probado que la STF S.A. en varias ocasiones se excusó con sus clientes por la mora en la entrega de la carga, alegando el mal estado de la vía férrea, como también razones de orden público y trabajos en la vía (fls. 1719 a 1989, c. 4).

5.2.2.7 El 3 de agosto de 1999, se reunieron los representantes legales de Ferrovías y la STF S.A. con el fin de establecer y cruzar las cuentas generadas por las dos entidades, entre otras de las derivadas de los contratos 16-0072-0-97 y 16-0095-0-99 tomando como referencia el esquema de pagos establecido en el documento de intensión del 5 de agosto de 1994. En relación a los costos por el uso de la vía se estableció:

“...TERCERO

La SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO –STF le adeuda a LA EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS- por concepto de uso de vía para transporte de carga general, hasta abril 30 de 1999, la suma de dos mil treinta y dos millones ochocientos ochenta y nueve mil setecientos treinta pesos moneda corriente (\$2.032.889.730,00 m/cte).

CUARTO

La SOCIEDAD COLOMBIANA DE TRANSPORTE FERROVIARIO –STF le adeuda a la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS por concepto de uso de vía para transporte de carbón hasta el 30 de abril de 1999, la suma de quinientos cincuenta y dos millones trescientos veintiún mil setecientos setenta pesos moneda corriente (\$552.321.770,00).

Además, realizado el cruce de cuentas entre los diferentes conceptos, las partes realizaron el siguiente balance:

“DÉCIMO QUINTO: Del cruce de cuentas relacionadas en los numerales octavo y décimo cuarto correspondientes a las sumas totales adeudas por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE

TRANPORTE FERROVIARIO STF y la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS –FERROVÍAS respectivamente, se obtiene un saldo a favor de la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS hasta el 30 de abril de 1999, por la suma de once mil seiscientos setenta y un millones novecientos veintinueve mil cuatrocientos seis pesos moneda corriente (\$11.671.929.406.00 m/cte).

DÉCIMO SEXTO: Las partes declaran encontrarse de acuerdo con los valores relacionados en el presente documento, los cuales corresponden a la totalidad de deudas, por estos conceptos, en cabeza de cada entidad con sus respectivos intereses, hasta abril 30 de 1999...” (fls. 1 a 9, c.2).

5.2.2.8 Respecto al cumplimiento de las obligaciones por las partes rindieron testimonio, las siguientes persona:

La señora Ilva Restrepo Arias, quien fue abogada de Ferrovías para el momento de suscripción de los contratos, manifestó que era claro que las partes acordaron la operación de la vía férrea en el estado en que se encontraba y que Ferrovías iría realizando las labores de mantenimiento y rehabilitación de acuerdo con el presupuesto que tuviera para ese fin. Igualmente que la STF S.A. tenía deudas pendientes con Ferrovías por concepto de uso de la vía férrea y especificó que, dada la naturaleza industrial y comercial de la entidad, esos dineros eran considerados recursos propios y no tenían otro fin que la rehabilitación y mantenimiento de la vía, eso sí, precisó, que no eran los únicos recursos, pues debido a su déficit la empresa recibía recursos de la Nación (fls. 3 a 9, c.18).

Igualmente, rindió testimonio el señor Alirio Rodríguez Ospina quien laboró como maquinista al servicio de la STF y puso de presente que sufrió varios accidentes que se debieron al mal estado de la vía y explicó que esta situación generó moras en el transporte de la carga y causó daños a la locomotora y a los productos (fls. 126 a 128, c.2). También, el señor Luis Enrique Nieto Sánchez, maquinista, señaló que desde cuando ingresó a laborar en el año 1993 comenzó a notar el deterioro paulatino de la vía lo que generó la disminución de la velocidad, pues de 25 a 35 km/h se pasó a 5 o 10 km/h; también hizo referencia a accidentes en la vía en detrimento de los equipos y la carga (fls. 129 a 131, c.2). Así mismo, declaró ante el tribunal el señor José Florentino Mora Martínez, maquinista, quien señaló ser testigo del deterioro de la vía férrea lo que generó una disminución de la velocidad a 10 o 12 km/h, lo que atribuyó a la falta de mantenimiento de la vía férrea (fls. 547 a 551, c.2).

Por último, obra el testimonio del señor Carlos Arturo Vargas Ayala, presidente de Laminados Andinos cliente de la STF S.A quien manifestó que utilizaba los servicios de la empresa para transportar palanquilla entre Santa Marta y Duitama; además, que durante el tiempo en que utilizó ese servicio se presentaron moras que la empresa las justificaba con el mal estado de la vía. Puntualizó que ayudó a mitigar la situación que la STF S.A. contratara camiones para el transporte final entre la Dorada y que, desistió de utilizar los servicios de la empresa, cuando esta los dejó de prestar (fls. 1 a 2, c.18).

5.3 Caso concreto - La STF, S.A. no cumplió sus obligaciones correlativas y no demostró el incumplimiento

5.3.1 Conforme a los hechos que pueden tenerse por establecidos, la Sala procederá a confirmar la decisión de primera instancia, habida cuenta que la STF S.A., a diferencia de lo que manifestó en la demanda, no cumplió con sus obligaciones contractuales, supuesto esencial para alegar el incumplimiento de Ferrovías y obtener la indemnización de perjuicios. Además, porque la

prueba que aportó no permite tener por acreditado el incumplimiento total o parcial de Ferrovías.

5.3.1.1 Es que, correlativamente a la entrega de la vía y a las obligaciones de rehabilitación, mantenimiento y conservación derivadas del contrato y del mismo objeto social de Ferrovías cuyo cumplimiento se echa de menos, la parte actora se comprometió, entre otras, al pago de peaje por cada tonelada de carga efectivamente transportada, en orden a proveer a Ferrovías los dineros necesarios para la acometida de las obras. Sin embargo, la STF S.A. no demostró que hubiese cumplido con la prestación como tampoco que se hubiese allanado a cumplir dentro de los términos establecidos.

Esto es así si se tiene en cuenta que en la cláusula séptima se obligó a realizar el pago en los plazos establecidos en el documento de intención, suscrito el 5 de agosto de 1994, en el que, debido al deficiente flujo de caja de STF S.A., no solo se acordó una reducción en la tarifa, sino unos tiempos razonables para que la empresa pudiera cumplir con estos compromisos, sin afectar su liquidez. Así, la STF S.A. se comprometió a realizar el pago de los costos por el uso de la vía de los años 1994, 1995, 1996 y 1997, en el año 1999, entre tanto, se comprometió hacer el pago del peaje generados por la carga transportada en el año 1999, mes a mes.

Ahora, en el mes de agosto de 1999, las partes precisaron sus obligaciones y realizaron un cruce de cuentas, de, entre otros conceptos, las obligaciones derivadas de los contratos objeto de este proceso. Se determinó un saldo a favor de Ferrovías por valor de \$11.671.929.406.00 de los que, aproximadamente \$2.500.000.000.00, correspondían al pago de peajes, lo que, en línea con lo manifestado por la testigo señora Ilva Restrepo Arias, quien puso en evidencia la mora en el pago de los costos de la vía permiten tener por acreditado el incumplimiento de la actora.

Además, la Sala debe señalar que con la presentación de la demanda, la STF S.A. no anexó prueba que demostrara el cumplimiento, tampoco que las partes hayan decidido modificar los términos pactados. Por el contrario, la STF S.A., en el libelo, puso en evidencia dificultades presupuestales para el cumplimiento de sus obligaciones, justificación que curiosamente encontró inaceptable en el caso de Ferrovía.

A juicio de la Sala, la situación presupuestal de la STF S.A. no puede justificar el incumplimiento, porque las partes suscribieron el documento de intención en conocimiento sobre el flujo de caja de la empresa operadora, lo que generó que se redujeran las tarifas de peaje y se establecieran plazos razonables para el pago y porque, de cualquier forma, dichos costos se pagarían por toneladas efectivamente transportadas y facturadas por la STF S.A.

La Sala no desconoce que Ferrovías recibía recursos para su funcionamiento de la Nación, con lo cual estaba en la obligación de garantizar el funcionamiento de la vía férrea en condiciones mínimas, no obstante no se puede pasar por alto que los peajes, independientemente de su importancia en el apalancamiento de las obras, tenían como finalidad específica el cumplimiento de la obligación que la STF S.A. echa de menos, de donde su cumplimiento resultaba fundamental de cara a exigir la indemnización de perjuicios.

5.3.1.2 Sin perjuicio de lo anterior, la Sala debe señalar que la STF S.A. no demostró que Ferrovías haya incumplido total o parcialmente con sus obligaciones.

Como lo señala la demanda, Ferrovías tenía tanto obligaciones contractuales como legales, en torno a la rehabilitación, mantenimiento y conservación de la vía férrea, lo que implicaba que la vía debía entregarse y mantenerse en condiciones de servir, pues dada la naturaleza del contrato y

del servicio que se prestaba ello no podía ser de otra forma; si se considera que el transporte dependía directamente del estado de la vía, pues no podían servirse de vías alternas como sucede con en otras modalidades de transporte.

Claro está, lo anterior no implica que Ferrovías tenía la obligación de rehabilitar todas las vías en el curso de la ejecución contractual y mantenerla en un estado ideal de operación, pues desde cuando fueron entregadas la vías y comenzaron a operarse por STF S.A las mismas ya presentaban problemas, lo que precisamente condujo a la liquidación de la empresa Ferrocarriles de Colombia y a la creación de Ferrovías, de donde lo que era exigible era que se garantizaran las condiciones mínimas que hicieran viable la actividad de transporte de carg.

Bajo esta lógica, en punto de la carga de la prueba, no se trataba de que la parte actora demostrara que la vía no estaba en condiciones óptimas sino que no estaba en las condiciones mínimas de servir y que ello se debió a la omisión de Ferrovías de adelantar obras de rehabilitación, mantenimiento y conservación o que lo hizo de manera tardía o insuficiente, dirección en la que, sea del paso señalar, iba el dictamen pericial solicitado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que, finalmente, no se pudo practicar, dado que la STF S.A. manifestó no poder asumir la parte de los gastos que le correspondía para financiar la prueba (fl. 500, c.1)

Ahora bien, la parte actora, en orden a demostrar el incumplimiento total de la entidad, aportó al proceso i) los cuadros comparativos frente al convenio de desempeño de los tiempos ciertos de movilización por línea para el año 1997, del numero promedio de novedades por tren, de las obras de mantenimiento y rehabilitación; ii) las cartas que remitió a Ferrovías solicitando mantenimiento y rehabilitación; iii) las investigaciones realizadas por STF S.A sobre novedades en la vía junto con el cuadro de resumen, iv) un cuadro de análisis del notam ferroviario, v) la relación de novedades imputables a Ferrovías, junto con gráfico resumen mensual y fotografías y vi) los testimonios de operarios y clientes de la STF S.

.

No obstante lo anterior, para la Sala el análisis conjunto de estos medios de prueba, a la luz de las reglas de la sana crítica, no permite tener por acreditado el incumplimiento.

No se desconoce que los operarios citados a rendir testimonio por la STF S.A. afirmaron que la vía férrea, para los años en que se ejecutaron los contratos se encontraban en mal estado, lo que generó moras en la entregas y deterioro, tanto de las máquinas como de la carga. Igualmente, que las cartas enviadas por la STF S.A. a Ferrovías dan cuenta que en muchas ocasiones se reportó accidentes y novedades en la vías y se solicitó su mantenimiento y rehabilitación. Y, que en comunicaciones que la empresa envió a sus clientes, en no pocas veces, se justificó la mora en la entrega de las mercancías en el mal estado de la vía.

Sin embargo, de ello no se puede derivar que la entidad omitió realizar las obras de mantenimiento requeridas, como tampoco que la vía en esas condiciones no se podía operar. Aspecto este frente al que los testimonios no resultan suficientes si se tiene en cuenta que Ferrovías en razón de las reclamaciones adujo en varias oportunidades que las novedades en la vía se presentaron por la violación de los reglamentos de operación y la impericia de la tripulación. Además, no se puede perder de vista que las mismas documentales, que a juicio de la parte actora solo dan cuenta de siniestros producidos con motivo del mal estado de la vía, evidencian que se produjeron interrupciones o suspensiones por otro tipo de causas, como la

alteración del orden público, hechos de la naturaleza e incluso por obras de mantenimiento y rehabilitación.

La STF S.A, también, aportó cuadros comparativos encaminados a establecer el incumplimiento de los indicadores del convenio de desempeño que suscribió Ferrovías con el Gobierno Nacional, también del notam ferroviario, como una relación de novedades imputables a Ferrovías junto con un gráfico y unas fotografías; sin embargo, se trata de documentos elaborados por la demandante, desde su perspectiva, inoponibles a la demandada, en especial porque no se aportaron los documentos que los sustentan.

Además, debe tenerse presente que, i) los indicadores del convenio de desempeño no necesariamente implicaban incumplimiento porque de allí no se pueden derivar las obras mínimas, como tampoco si la vía se encontraba en estado de servir, sumado a que dichos contratos jamás se sujetaron en este punto al mencionado convenio de desempeño; ii) la STF S.A no aportó todos los notams ferroviarios expedidos por Ferrovías durante la vigencia del contrato, sino el mentado cuadro comparativo y dentro de las investigaciones adelantadas por la S.T.F S.A. los correspondientes a los meses de abril y mayo de 1998 (fls. C.4), los que, como señaló el señor agente del Ministerio Público, no permiten sacar ninguna conclusión y iii) las fotografías tomadas al parecer a finales del año 1999, es decir al término del último contrato, si bien muestran varios tipos de defectos en la vía, tampoco, permiten concluir que, dichos pasos no fueron reparados o que la operación en condiciones mínimas de la vía férrea no se garantizó (fls. 382 a 425, c.3).

Así, la Sala debe recordar lo que en otras ocasiones ha puesto de presente, esto es que la carga de la prueba, de acuerdo con el artículo 177 del C.P.

., recae sobre quien alega el hecho que pretende notar a su favor, excepciona o controvierte, cumpliéndose así la regla de que quien afirma o niega, demuestra. No bastaba, entonces, para sustentar las pretensiones, hacer uso de referencias, era necesario acompañarlas de elementos de prueba que infundan certeza, pues son los hechos probados los que permiten resolver en uno u otro sentido el fondo del asunto.

5.3.2 En estas condiciones, la Sala es relevada de hacer consideración adicional en punto de los perjuicios presuntamente generados y procede a confirmar la sentencia en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

6. Costas

No se condenará en costas por no aparecer causadas.

En mérito de lo expuesto, EL CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de la Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca calendada el día 30 de julio de 2008.

SEGUNDO: SIN COSTAS por no aparecer causadas.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Tribunal de origen, una vez ejecutoriada la

presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado

(con impedimento)

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Magistrado



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de diciembre de 2020

